



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2016

**"Familienrecht" oder "Beziehungsrecht"? Beziehungsschliessungs-,
Beziehungsbetriebs- und Beziehungsaufhebungsrecht**

Breitschmid, Peter

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-130924>

Book Section

Published Version



The following work is licensed under a Creative Commons: Attribution 4.0 International (CC BY 4.0) License.

Originally published at:

Breitschmid, Peter (2016). "Familienrecht" oder "Beziehungsrecht"? Beziehungsschliessungs-, Beziehungsbetriebs- und Beziehungsaufhebungsrecht. In: SAGW. Ehe und Partnerschaft zwischen Norm und Realität = Le mariage et le partenariat entre norme et réalité. Bern: Akademien der Wissenschaften Schweiz, 62-85.



Ehe und Partnerschaft zwischen Norm und Realität
Le mariage et le partenariat entre norme et réalité



Herausgeber

Schweizerische Akademie der Geistes- und Sozialwissenschaften
Hirschengraben 11, 3001 Bern
Telefon +41 (0)31 313 14 40
Telefax +41 (0)31 313 14 50
sagw@sagw.ch, www.sagw.ch



ISBN 978-3-907835-81-4

Gestaltungskonzept

Howald Fosco, Basel

Foto Umschlag

Laszlo Horvath, Bern

Layout

Druck- und Werbebegleitung, 3098 Köniz

Druck

Druck- und Werbebegleitung, 3098 Köniz

1. Auflage, 2016 (620 Expl.)

Die Broschüre kann kostenlos bezogen werden bei der SAGW
oder unter www.sagw.ch/publikationen.

© SAGW 2016

Zitiervorschlag:

Schweizerische Akademie der Geistes- und Sozialwissenschaften (2014)
Angebot und Erwerb lateinischer Sprachkompetenzen Swiss Academies Reports 9 (4).




Vorwort	5
La pluralisation des manières d'être en couple en Suisse	9
Modelle der familienrechtlichen Regelung von Ehe und Partnerschaft in der Schweiz und im Ausland	23
Gesetzgebung im Familienrecht – Ein Werkstattbericht	41
«Familienrecht» oder «Beziehungsrecht»? Beziehungsschliessungs-, Beziehungsbetriebs- und Beziehungsaufhebungsrecht	61
Intimité, passion et engagement : quel est le statut actuel des dimensions du lien amoureux ?	87
Entre droit islamique de la famille et le Code civil : à quelle(s) juridiction(s) les partenariats interconfessionnels sont-ils soumis en Suisse ?	105
Aufteilung von Betreuung & Pflege in Partnerschaften: Steuer- und sozialrechtliche Anreize	131
Zusammenspiel des Familienrechts mit dem Sozial- und Steuerrecht	143
Le droit de la famille sous l'angle des droits de l'homme : Quelques réflexions	167
Netzwerk Generationenbeziehungen	189

Vorwort

Vorwort

Familien-*Recht*? Oder Familien-*Leben*? Oder gar Familien-*Krach*? Oder doch vor allem Familien-*Glück*? Oder *einfach nur Familie*, Familien-*Alltag*, jedenfalls *bitte Familie ohne Juristerei*? Familie ist etwas Vor-Rechtliches, ganz einfach Menschliches, Teil des Lebens, deshalb auch nicht Vor-*Schreib*-bares und Planbares, insofern auch nur unzulänglich Be-*Schreib*-bares, das indes derart eng mit den einzelnen Individuen und der Struktur der gesamten Gesellschaft verflochten ist, dass es sich dem Blick von Gesellschaft, Politik und Recht nicht gänzlich entziehen kann, ohne dass der Blick von Aussen so tief dringen darf, dass die Intimität der Beteiligten beeinflusst wird: Beziehungen sind zunächst im eigentlichen Sinn *Privatsache*. Aber gerade weil Beziehung etwas derart Intimes, Persönliches, Privates sind, sind wir von unsern Beziehungen so tief betroffen wie kaum von etwas anderem. Und insofern gehören rechtliche Aspekte von Beziehungen trotzdem – wie Schutzbestimmungen des Miet- oder Arbeitsvertragsrechts – zu den praktisch wichtigsten (und am Gericht häufigsten) Bereichen von Kontroversen. Dass diese Kontroversen nur «rechtlich» nicht wirklich bewältigbar sind, ändert nichts daran, dass die Kontroverse als solche um des persönlichen und materiellen Schutzes der Betroffenen willen von unabhängiger Stelle begleitet werden muss: Man mag bessere und unglücklichere «Investments» tätigen, und selbst darum kümmert sich die Gesetzgebung beim Anlegerschutz, aber dort, wo man sich mit «Haut und Haar», mit «Leib und Seele» einbringt, wird das Scheitern zum existenziellen Risiko, das einen verlässlichen Rahmen und Schutz durch die Gesellschaft erfordert. Insofern ist Familie, sind Beziehungen etwas Öffentliches und verdienen es, auch wirklich die Aufmerksamkeit der Öffentlichkeit zu finden: Allzu gerne wird die «Privatheit» nämlich auch dahin miss-verstanden, dass sich die Öffentlichkeit – Schule, Gesundheitsbelange, soziale Netze – aus der Verantwortung schleichen könne, die eben «privat» sei. Der liberale Rechtsstaat macht tatsächlich keine Vorgaben zur Lebensführung, aber er schafft einen Rahmen, der freie Lebensführung ermöglicht – *freie* Lebensführung bedeutet

aber, auch in Beziehungen frei zu bleiben und in seinen zutiefst persönlichen, existenziellen Belangen Schutz durch die Gesellschaft zu erfahren. Das  nicht in erster Linie rechtlicher Schutz, weil eben Lebensglück und -zufriedenheit nicht rechtlich vollstreckbar, aber in rechtlich-strukturierten Verfahren doch materiell wie ideell einigermassen gewährleistet werden kann.

Dazu möchte die SAGW mit dem vorliegenden Band, der «Familie» in ihren gesamten Belangen aus allen Perspektiven beleuchtet, einen gesellschaftlichen Beitrag leisten und losgelöst von politischen Schlagworten Existenzbedingungen von Familien und Beziehungen stützen.

Für die Vorbereitungsgruppe
Prof. Dr. iur. Peter Breitschmid

«Familienrecht» oder «Beziehungsrecht»?
Beziehungsschliessungs-, Beziehungsbetriebs-
und Beziehungsaufhebungsrecht

«Familienrecht» oder «Beziehungsrecht»? Beziehungsschliessungs-, Beziehungsbetriebs- und Beziehungsaufhebungsrecht

Ist Familienrecht eigentlich etwas anderes als
«eheliches Beziehungskrisenrecht»? Und was ist
mit den nicht-ehelichen Beziehungskrisen?

*Prof. Dr. iur. Peter Breitschmid, Ordinarius für Privatrecht mit Schwerpunkt ZGB
an der Universität Zürich*

Zusammenfassung

Längst ist «die Ehe» nicht mehr einziges Modell einer «Zusammenlebensordnung»; längst gibt es «*die*» Ehe nicht mehr (gab es sie je?); wie schlecht ging und geht es eigentlich der Ehe ... und den Beziehungen? An sich ist die Organisation von (auch sehr persönlichen) *Beziehungen* ein (gewöhnlicher) *Vertrag*; *ungewöhnlich* ist, dass dieser Vertrag über alltägliche Belange hinausgeht und auch sehr *persönliche und emotionale* Sphären einschliesst. Weil Beziehungen etwas zutiefst Persönliches sind, ist weniger eine formale Vervielfältigung der Familienformen als eine Differenzierung nach der individuellen Struktur geboten, wozu aber nicht die sexuelle Orientierung der Beteiligten gehört (und damit die Frage, ob sie dem Zivilgesetzbuch, dem Partnerschaftsgesetz oder einer sonstigen neuen Gesetzgebung für irgendwelche «Zwischenformen» unterstehen). Gesetzgebung als Rechtsfriedensordnung hat die sehr persönlichkeitsnahen Beziehungsverträge in gewissermassen konsumentenschutzrischer Art zu begleiten und verständliche Modelle zu entwickeln, die alle auf der Selbstverständlichkeit von Beziehung aufzubauen haben; wegen der strukturellen *Unterschiede* wird es aber immer *verschiedene* Beziehungsformen und -dichten geben. Weder «die Ehe» noch andere Beziehungsformen lassen sich amtlich vorschreiben, sondern werden sich einfach weiterhin nuancieren. Gesetzgebung kann weder den *Sprachgebrauch* noch den konkreten «Beziehungsmodus» vorschreiben. Beziehung meint aber immer eine gewisse *Stabilität* und schafft einen Zustand («Status»), obwohl Beziehungen nicht statisch sind: Ob unter Erwachsenen oder im Verhältnis von Erwachsenen zu Kindern entwickeln sich Beziehungen. Die (technische) *Auflösbarkeit*

von Beziehungen ist selbstverständlich geworden (und darob bisweilen etwas in den Hintergrund getreten, dass es den *emotionalen clean break* kaum gibt).

Schlagwörter

Beziehungen, Beziehungsauflösung, Eherecht, Eltern, Familienrecht, Gesetzgebung, Kinder, Konkubinat, Scheidung, Zivilgesetzbuch.

Das schweizerische «Beziehungsrecht»

Das *schweizerische ZGB* regelt in Art. 111 ff. ZGB unmittelbar anschliessend an die Bestimmungen über die Eheschliessung¹ und die Eheungültigkeit² bereits die Scheidung. Immerhin kann nur die geschlossene Ehe geschieden werden – ob eine Ehe geschlossen werden kann, hängt von verschärfter Prüfung des Ehewillens bzw. der Papiere Ehewilliger ab.³ Die Wirkungen der geschlossenen Ehe – welche trotz hoher Scheidungsziffer doch über kürzere oder auch etwas längere Zeit besteht – werden erst in Art. 159 ff. ZGB thematisiert. Die prominente Stellung der Regeln über die Eheauflösung ergibt sich zwar aus der systematischen Nähe der Eheungültigkeit zu Mängeln des Eheschliessungsverfahrens und der systematischen Nähe des Scheidungsrechts zur Eheungültigkeit. Die Systematik ist also methodisch und nicht mentalitätsmässig geprägt – nach wie vor möchte die gesetzliche Ordnung insgesamt (nämlich die öffentlich-rechtlichen Normen zu familiären Belangen) die Ehe und das Familienleben⁴ fördern, ist allerdings als Konfliktregelungsordnung stärker auf die pathologischen als die funktionierenden Beziehungen fokussiert.

¹ Art. 90 ff. bzw. 94 ff. ZGB.

² Art. 104 ff. ZGB.

³ Vgl. z.B. Papaux Van Delden 2007. Der Sachverhalt von BGE 127 III 342 ff. belegt allerdings, dass rechtsmissbräuchliche Scheinehen durchaus praktiziert werden, und mit Art. 97a ZGB in der Fassung von 2008 hat die seit bald einem Jahrhundert aktuelle Abwehr der «Bürgerrechtsehen» ihre aktuelle «aufenthaltsrechtliche» Ordnung gefunden. Illustrativ dafür, welche «Vielfalt an Beziehungen» mit Beziehungen geschaffen werden, ist auch das Urteil des Bundesgerichts vom 2. Juli 2003 (2A.308/2003), vgl. dazu Zeller 2003.

⁴ Art. 14, ferner Art. 8 Abs. 2 und 13 f. BV und passim.

Nicht-eheliche Beziehungen werden allerdings vom Familienrecht⁵ nicht gänzlich ignoriert; zwar kommen sie im *Eherecht*⁶ naturgemäss nicht vor – ausser vielleicht unausgesprochen ganz am Rande, etwa in Art. 129 ZGB, wo typischer Anwendungsfall für die Reduktion oder Sistierung eines nach-ehelichen Unterhaltsbeitrags ein gefestigtes Konkubinat mit wechselseitiger Unterstützung ist.⁷ Aber bereits im ans Eherecht anschliessenden Recht der Verwandtschaft⁸, das zur Hauptsache Entstehung⁹ und Wirkungen des Kindesverhältnisses¹⁰ regelt, bilden die Rechtsbeziehungen unverheirateter Eltern zum Kind einen (fast) gleichwertigen Regelungsgegenstand wie die Wirkungen des ehelichen Kindesverhältnisses – allerdings mit dem (bisweilen entscheidenden) Unterschied, dass sich die eheliche Abstammung von Kindern und die eheliche Beziehung unter Gatten aus dem Zivilstandsregister ergibt (das nicht per se «richtig» ist, aber nach Art. 9 ZGB zumindest den Anschein von Richtigkeit hat), während nicht-zivilstandsregisterlich erfasste Beziehungen natürlich in ihrem Bestand *und* in ihren Wirkungen weit vernebelter sind, aber – wenn der Nebel sich lichtet – natürlich trotzdem real existieren. Diese Realität lässt sich nicht leugnen und auch vom Gesetz nicht ignorieren, da das Gesetz Realitäten nicht ignorieren kann.

Die Vorstellung, Konkubinate seien der freie Entscheid zu *gänzlicher* Ungebundenheit und müssten deshalb zwingend als bewusst ungebundenen Zustand qualifiziert werden, mag zwar liberal,¹¹ kann u.U. aber auch zerstörerisch sein: *Beziehung bindet* unweigerlich, und diese (faktische) Bindungswirkung ist rechtlich in (beschränktem) Rahmen relevant, da die gänzliche Entkopplung von Recht und Emotion gerade in intimsten Belangen schiere Rechtlosigkeit erzeugen kann.

⁵ Dem Zweiten Teil des ZGB, Art. 90–456.

⁶ Art. 90–251 ZGB.

⁷ Vgl. z.B. Urteil des Bundesgerichts vom 11. Juni 2008 (5A_81/2008), E. 5.

⁸ Art. 252–348 ZGB.

⁹ Art. 252–269c ZGB.

¹⁰ Art. 270–327c ZGB.

¹¹ Jürgensen 2015: 17.

«Das Recht» in der Beziehungskrise und bei Auflösung von Beziehungen

Die Frage, nach welchen Kriterien die nach-beziehungsrechtlichen Folgen zu ordnen sind, ist vom ZGB bereits beantwortet, und Art. 34 PartG verweist (aus einer «kinderlosen Grundhaltung») auf diesen Art. 125 ZGB,¹² wobei Art. 34 PartG knapper gefasst ist.

Artikel 125 ZGB¹³

E. Nachehelicher Unterhalt

I. Voraussetzungen

- ¹ Ist einem Ehegatten nicht zuzumuten, dass er für den ihm gebührenden Unterhalt unter Einschluss einer angemessenen Altersvorsorge selbst aufkommt, so hat ihm der andere einen angemessenen Beitrag zu leisten.
- ² Beim Entscheid, ob ein Beitrag zu leisten sei und gegebenenfalls in welcher Höhe und wie lange, sind insbesondere zu berücksichtigen:
 1. die Aufgabenteilung während der Ehe;
 2. die Dauer der Ehe;
 3. die Lebensstellung während der Ehe;
 4. das Alter und die Gesundheit der Ehegatten;
 5. Einkommen und Vermögen der Ehegatten;
 6. der Umfang und die Dauer der von den Ehegatten noch zu leistenden Betreuung der Kinder;
 7. die berufliche Ausbildung und die Erwerbsaussichten der Ehegatten sowie der mutmassliche Aufwand für die berufliche Eingliederung der anspruchsberechtigten Person;
 8. die Anwartschaften aus der eidgenössischen Alters- und Hinterlassenenversicherung und aus der beruflichen oder einer anderen privaten oder staatlichen Vorsorge einschliesslich des voraussichtlichen Ergebnisses der Teilung der Austrittsleistungen.

¹² Vgl. Tuor & Schnyder & Jungo 2015: § 24 Rz. 41 ff. (zum ZGB) bzw. § 27 Rz. 16 ff. (zum PartG).

¹³ SR 210.

³ Ein Beitrag kann ausnahmsweise versagt oder gekürzt werden, wenn er offensichtlich unbillig wäre, insbesondere weil die berechnete Person:

1. ihre Pflicht, zum Unterhalt der Familie beizutragen, grob verletzt hat;
2. ihre Bedürftigkeit mutwillig herbeigeführt hat;
3. gegen die verpflichtete Person oder eine dieser nahe verbundenen Person eine schwere Straftat begangen hat.

Artikel 34 PartG¹⁴

¹ Nach Auflösung der eingetragenen Partnerschaft ist grundsätzlich jede Partnerin und jeder Partner für den eigenen Unterhalt verantwortlich.

² Eine Person, die auf Grund der Aufgabenteilung während der Dauer der eingetragenen Partnerschaft eine Erwerbstätigkeit eingeschränkt oder nicht ausgeübt hat, kann von ihrer Partnerin oder ihrem Partner angemessene Unterhaltsbeiträge verlangen, bis der Unterhalt durch eigene Erwerbstätigkeit gesichert werden kann.

³ Ferner kann eine Person angemessene Unterhaltsbeiträge verlangen, wenn sie durch die Auflösung der eingetragenen Partnerschaft in Bedürftigkeit gerät und der Partnerin oder dem Partner die Bezahlung von Unterhaltsbeiträgen nach den gesamten Umständen zugemutet werden kann.

⁴ Im Übrigen sind die Artikel 125 Absatz 3 sowie 126–132 ZGB über den nachgehenden Unterhalt sinngemäss anwendbar.

Art. 34 Abs. 2 und 3 PartG nehmen lediglich Art. 125 Abs. 2 Ziff. 1 ZGB (Aufgabenteilung) auf, während in allen andern Fällen (die Art. 125 Abs. 2 ZGB allerdings nicht abschliessend, sondern bloss beispielhaft aufzählt: «[...] sind insbesondere zu berücksichtigen») bloss bei Bedürftigkeit eine Nachbeziehungsrente fliessen soll; aber «Bedürftigkeit» im Sinne dieser Bestimmung liegt nach praktisch einmütiger Lehre vor, wenn ein Partner weiterhin Kinder zu betreuen hat (womit eine gewisse nach-partnerschaftliche Solidarität bezüglich Stiefkindern resultiert, was indes gegebenenfalls Teil des partnerschaftlich gelebten Rollenmodells war); ohnehin würde das gelten, wenn bereits während der Partnerschaft Erwerbsverzicht oder -reduktion wegen Stiefkinderbetreuung erfolgt war. Letztlich bedeutet das in den (wohl wenigen) Fällen, dass im Falle

¹⁴ SR 211.231.

einer echten Lücke aus welchen biografisch-situativen Einzelgründen auch immer – nämlich einer Unterversorgung eines der Partner oder einer der Partnerinnen nach Auflösung der Partnerschaft – diese Lücke deshalb nach Massgabe der Wertungen von Art. 125 Abs. 2 ZGB zu füllen wäre, weil diese Norm gar nicht so sehr «die Ehe», als die *nachbeziehungsrechtliche Solidarität generell* abbildet; es ist im Einzelfall lediglich danach zu differenzieren, welche Nach-Beziehungssolidarität aufgrund der tatsächlich gelebten Beziehung eingefordert werden kann, und da mögen sich durchaus Unterschiede ergeben, wie dass Art. 125 ZGB letztlich ja selbst für die vom Gesetz grundsätzlich als «einheitlich» konzipierte Ehe signalisiert. Wie auch immer ein allfälliger «Pacs» ausgestaltet würde (die Ausgestaltung obliegt sowohl dem Gesetzgeber wie auch den Vertragsschliessenden), müsste dort Analoges gelten; und das führt dazu, dass letztlich selbst im Falle einer nicht-registrierten Beziehung, die eben doch auf einem (konkludenten) Beziehungsvertrag gründet, aus gesellschaftsrechtlichen Gründen¹⁵ bei Auflösung der Gesellschaft sich die Notwendigkeit einer Liquidation und damit unter Umständen einer Kompensation ergibt. Solches ist (beziehungs-)rechtlich noch nicht restlos gereift (und beziehungsrechtlich zu verfeinern), aber es wird doch in den Labors entwickelt. Die Vorstellung indes, dass Beziehungsaufösungen «kostenneutral» seien, verkennt einerseits die ideellen Kosten, aber auch den Umstand, dass selbst eine explizite Nicht-Entschädigungsvereinbarung bei der Ehe ohnehin nicht und auch bei andern Beziehungsformen nicht ohne weiteres gültig sein dürfte.¹⁶ Man wird sich einzig hüten müssen, den Konflikt zu romantisieren, denn der angeblich so leichthin auflösbare «Pacs» lässt sich zwar tatsächlich nach Art. 515–7 Abs. 5 des französischen Code Civil durch einseitige Mitteilung über die zuständige öffentliche Stelle an den andern Partner aufheben, nur muss die wirtschaftliche und organisatorische Lebensgemeinschaft unter den Beteiligten dann doch noch physisch liquidiert werden, soweit nicht einfach «Verschollenheit» eintritt.

Dass niederschwelligere Beziehungsformen gesucht werden, unterstreicht allerdings nur die *fortbestehende Bedeutung von Beziehungen* – auch wer

¹⁵ Vgl. Art. 531–533 OR betreffend Beiträge und Gewinn- und Verlustteilung bei der einfachen Gesellschaft.

¹⁶ Die sog. «*prenuptial agreements*» («*Prenups*»), welche das Kostenrisiko der mutmasslich unterhalts-/entschädigungspflichtigen Partei begrenzen sollen, stossen zumindest im schweizerischen Recht auf erhebliche Bedenken (vgl. Tuor & Schnyder & Jungo 2015: § 25 Rz. 20 [Fn 25]) und sind jedenfalls nur unter bestimmten Rahmenbedingungen haltbar, im Grundsatz allerdings durchaus sinnvoll.

(noch) nicht heiratet, empfindet «*Sehnsucht nach Familie*»¹⁷ und vertritt damit Werte, die all jene erfreuen müssen, welche für den Fortbestand der Ehe kämpfen, die denn ja auch ohne jeden Zweifel fortbestehen wird, wenn auch unter Veränderung gewisser Parameter – von einem *partnerschaftlichen* Beziehungsverständnis wird in unsern Breitengraden wohl in jener Zeit, die der Schreibende zu überblicken vermag, allerdings nicht mehr abgewichen werden ... und doch möge man in der Euphorie über all das, was glücklicherweise heute möglich ist, nicht vergessen, dass dem Fortschritt auch schon Rückschritte folgten. Das soll nicht den Fortschritt hemmen, aber doch ein sorgfältiges Vorangehen anregen, um sich nicht einem erzwungenen Rückzug ausliefern zu müssen: Schon das ausgehende 19. Jahrhundert (im Zeitpunkt der Entstehung des schweizerischen ZGB und des deutschen BGB) beklagte den Zerfall von Werten und nationaler Identität, die überbordende Industrialisierung, den Verkehr ... und suchte das Heil in romantischer Heimatliebe, die zwar erbaulich sein mag, aber nicht gesetzlich erzwungen werden kann.

Vervielfältigung der Beziehungsformen ... und die «Einfältigkeit» der Krisenursachen

Man wird sich hüten müssen (und war noch nie erfolgreich darin), die Lösung von Beziehungsproblemen durch Neuformulierung gesetzlicher Normen zu suchen und zu erhoffen. Auch wenn rechtlich die «Kündigung» einfach ist, ist *technisch* und *emotional* das «Räumungsverfahren» dann unter Umständen doch recht belastend. Beziehungen scheitern nicht primär am Gesetz, sondern an internen Spannungen, die zwar durchaus von aussen befeuert werden mögen, denn jede Beziehung ist letztlich auf Ressourcen bezüglich Raum (Wohnung), Geld (Einkommen bzw. Rahmenbedingungen, die Einkommen ermöglichen, z. B. Kinder- oder sonstige Angehörigenbetreuung) und Gesund-

¹⁷ So hatte der «Spiegel» getitelt: «Sehnsucht nach Familie» (2007). Das Wechselspiel von Beziehungssehnsucht und Beziehungsfrust liesse sich allerdings mit zahllosen Publikationen weltweit belegen: z.B. Cherlin 2009; aus diesem Mix von Idealisierung und Stigmatisierung resultieren die letztlich angesichts der zunehmenden Pluralität von Beziehungsformen auch in allen Dimensionen der wirtschaftlichen, sozialen, kulturellen und nationalen Aspekte die Schwierigkeiten einer differenzierten und effizienten Familienpolitik (vgl. dazu etwa Coontz & Parson & Raley 2008).

heit angewiesen.¹⁸ Kein Gesetz kann konfliktfreie Konflikte gewährleisten, und eine Vereinfachung der Kündigungsmodalitäten täuscht nur über die je nach Beziehungsstruktur fortbestehenden, unter Umständen massiven Schwierigkeiten hinweg, welche die Entflechtung von gemeinsamer Biografie, gemeinsamem Haushalt und vermischten persönlichen Finanzen mit sich bringt. Jedes Gericht wird bestätigen, dass unabhängig vom Beziehungstyp (Ehe, Konkubinat, Arbeitsvertrag oder was auch immer) die Feststellung, dass die Parteien sich entfremdet haben, jeweils keiner näheren Begründung bedarf, wohl aber die Liquidation aller bestehenden persönlichen Verflechtungen.

Konflikte im Schosse der «Mikrokosmos Familie» sind sozusagen systemimmanent (unter Umständen sogar in einem positiven Sinne dynamisierend) und daher nicht von einem Einzelnen der beiden Gatten zu verantworten; der Konflikt ist von den beiden Gatten auch nicht «quotale» zu verantworten, da exogene Einflüsse (z.B. Vereinbarkeit von beruflichen und schulischen Stundenplänen und Agenden, Betreuungs- und Erholungszeiten usw.) mitzubedenken sind bzw. eine nicht-maximale Stressresistenz nicht subjektiv vorwerfbar ist. Es wäre wohl gerade im Rahmen einer europäischen Harmonisierung die Diskussion darüber zu führen, wie die «Missbrauchsfälle» (die sich oft noch nicht im Zuge des eigentlichen Scheidungsverfahrens, sondern erst danach im Kontext von Konflikten um persönlichen Verkehr und Unterhalt ergeben) zu behandeln sind¹⁹ – ob insbesondere ein allgemeiner Rechtsmissbrauchsvorbehalt zu genügen vermag, um für die Rechtsprechung ausreichende, die Gleichbehandlung vergleichbarer Sachverhalte gewährleistende Leitplanken zu setzen, bzw. welche Tatbestände in einen exemplifizierenden Katalog²⁰ aufzunehmen wären.

¹⁸ Der Schutz von Familien und Beziehungen erfolgt heute kaum durch das Zivilrecht und die Ordnung der Familie im ZGB (wie etwa die Eheschutznormen von Art. 171 ZGB), sondern durch *sozialrechtliche* Absicherung (Art. 41 Abs. 1 lit. c BV) und *wirtschaftliche* Fördermassnahmen (Familienwohnungen, Kinderbetreuung, Art. 108 Abs. 4 bzw. Art. 116 BV) bzw. eine (vom Familienmodell weitestgehend unabhängige) familienfreundliche Grundhaltung (Art. 8, 13 und 14 BV). Ob ein Titel wie «Familien brauchen keine Förderung mehr» (2015) bezüglich Wohnbauförderung und Stadtentwicklung bereits den endgültigen Glückszustand umreisst, darf füglich bezweifelt werden. Und andere Aspekte dürfen nicht vergessen werden: *Erziehungshilfe* gegenüber Eltern, z.B. bezüglich Ernährung der Kinder («Parenting practices are associated with fruit and vegetable consumption in pre-school children») ist der Titel eines Beitrags von O'Connor et al. 2010).

¹⁹ Für das schweizerische Recht regelt Art. 125 Abs. 3 ZGB die Tatbestände einer möglichen Anspruchsverweigerung, vgl. dazu statt aller Tuor & Schnyder & Jungo 2015: § 24 Rz. 64 ff.

²⁰ Vergleichbar Art. 125 Abs. 2 und 3 ZGB bzw. § 1579 BGB.

Beziehungen: Zwischenmenschlich und international

Konflikte bestehen nicht nur unter den an einer Beziehung Beteiligten, sondern auch unter verschiedenen an einer Beziehung beteiligten Rechtsordnungen. Konflikte unter verwandten, in einem gleichen sozio-kulturellen und ökonomischen Raum angesiedelten, nationalen Rechtsordnungen mit gemeinsamer Tradition werden sich im 21. Jahrhundert nivellieren, so wie sich im ausgehenden 19. Jahrhundert kantonale und teilstaatliche Eigenheiten auf nationaler Ebene angeglichen hatten. Wenn sich dabei allerdings (nicht anders als bei der Sprache: Neben der deutschen Standardsprache etablieren sich zunehmend bewusster gepflegte Varianten) regionale Eigenheiten erhalten (wie sie z.B. das ZGB beim erbrechtlichen Pflichtteilsrecht über ein dreiviertel Jahrhundert mitgeschleppt hatte), so ist das auch Ausdruck von rechtskulturellem Reichtum und gedanklicher Anregung, wenn insgesamt eine sinnvolle Koordination gewährleistet ist. Diese zwingende Koordinationsaufgabe bedingt allerdings den offenen Blick über die Grenzen, nicht aber ein sklavisches Nachrüsten auf die scheinbar «fortschrittlichste» (oder «extremste») Position. Lässt man den Blick rechtsvergleichend schweifen, so begegnet man immer auch wieder «tieferen Standards»; dass diese unverständlich wirken,²¹ belegt nur, dass stets eine Bandbreite von (lokal scheinbar) «Verständlichem» denkbar ist. Die Verschiedenheit der Denk- und Sichtweisen zwingt, je das eigene Verständnis zu hinterfragen und den Diskurs zu versuchen. Das Ziel muss tendenziell ein höherer Freiheitslevel und Respekt vor individuellen Anliegen sein, aber der Umstand, dass ein Spektrum möglicher Lösungen besteht, deutet auch an, dass Gesetzgebung eher auf ein (breiteres) Optimum denn ein (singuläres) Maximum tendiert – mithin immer auch gesellschaftliche Kompromisse abbildet²² und erfordert. Noch ausgeprägter als im Familienrecht zeigt sich dies aktuell etwa im Umgang mit *Sterbehilfe*: Obwohl «Menschenwürde» und «Lebensschutz» eigentlich nicht nationalen Begrifflichkeiten folgen können, besteht ein (allzu) breites Spektrum von Varianten und muss die unverzichtbare Koordination nationaler «Sub-Perspektiven» und die gleichermassen unverzichtbare Koordination absoluter («idealer») Vorstellungen von Lebensschutz und heutiger medizinisch-technisch-apparativer («künstlicher») Lebensverlängerung auf höherer Ebene als lokaler Politik und Gesetz-

²¹ Als zufälliges aktuelles Beispiel sei das japanische Familiennamensrecht herausgegriffen, vgl. Zoll 2015: 7; zu den Schwierigkeiten der Rechtsentwicklung durch Rechtsvergleichung, vgl. auch Breitschmid 2007b: 715 ff.

²² Eindrücklich in diesem Sinne im Vorfeld der Entstehung des ZGB die seinerzeitige Stellungnahme der Schweizerischen Frauenverbände im Jahre 1911: «Nous n'avons pas, il est vrai, obtenu la totalité de ce que nous espérions obtenir, mais il y aurait de l'injustice de notre part à ne pas tenir compte des points qui constituent un progrès réel sur la situation qui nous était faite jusqu'ici.» (vgl. Alliance des Sociétés Féminines Suisses 1911: 3 f.).

gebung diskutiert werden: Vor- und Überrechtliches kann von nationaler Gesetzgebung nur unbeholfen und unvollständig erfasst werden.

Beziehungen: Hoffnungen und Realitäten

Die Rechtsordnung ist Friedensordnung, und regelt deshalb Konflikte. Konflikte gibt es weiterhin, auch in einer auf Selbstverantwortung und Selbsteinigung gerichteten Rechtsordnung wie dem seit dem Jahr 2000 geltenden Scheidungsrecht, das als *Regelfall eine umfassende Einigung* der Parteien²³ postuliert. Es gibt Rechtsunterworfenen, die zu wenig «ideal» sind, um ins Schema der relativ idealen Gesetzgebung zu passen, die streiten, ihren Frust loswerden, es «dem andern zeigen» wollen. Man begegnet diesem Typ Mensch eher im niedrigen Gerichtsalltag als in den Sphären der wissenschaftlichen Beschäftigung – und man darf ihm nicht böse sein. Die unausweichliche Zentralisierung mancher Dienstleistungen (Grundversorgung mit Gütern des täglichen Bedarfs, aber auch von früher familiär erbrachten Aufgaben wie Gesundheits-, Altersvorsorge, Kinderbetreuung) und die Individualisierung in der Vielfalt kultureller, sozialer, wirtschaftlicher und technologischer Prozesse berührt das System der auf (Status-)Familie, darauf ausgerichteter Autonomie und Selbstverantwortung, teils auch auf tradierten «Rollenbildern» und Wunschen den aufbauenden Rechtsordnung grundlegend, ändert aber alles nichts daran, dass der Mensch im alltäglichen Stress von Familie, Arbeit, Ringen nach etwas Glück, Wohlstand und Ansehen oft an der Belastungsgrenze agiert – dadurch unberechenbar wird, wenn die Perspektiven zu zerbrechen drohen. In einer hektischeren Umwelt muss die Rechtsordnung weiterhin Sicherheit (Rechtssicherheit, die auf Stabilität gründet) vermitteln, ohne selbst zum (nur) statisch-beharrend-retardierenden Moment zu werden. Die in manchem gestiegene Unsicherheit weckt bisweilen den Ruf nach einer strafferen Rechtsordnung, die indes den gestiegenen Ansprüchen nur durch eine gesunde Flexibilität genügen kann; eine Flexibilität, die zwar nicht weichmachend, aber die Entwicklung der Rahmenbedingungen reflektiertbegleitend, verlässlich und solide im Kontext verankert ist.

Wie man Frustrierte, Enttäuschte, Hilfloze zur Raison bringt, wird nicht im juristischen Curriculum verraten und denn auch in den Publikationen kaum beschrieben. Auch Mediation ist nur mit nach Beratung und durch Einsicht einigermassen

²³ Art. 111 ZGB.

mediationstauglichen Parteien in einer für den mediativen «Prozess» geeigneten, einen minimalen Spielraum und minimales Verständnis für Andere beinhalten- den Konstellation möglich. Ansonsten kann dem Konflikt nicht ausgewichen werden: Er ist da. Und wo Konflikte vorhanden sind, kann sich die Rechtsord- nung nicht «verabschieden» – ein staatsfreies Familien(konflikts)recht ist inso- fern kein taugliches Modell.²⁴ Immerhin scheint mir aber nötig, mit Nachdruck festzuhalten, dass das Familienrecht so schlecht gar nicht ist wie sein Ruf. Dass es unglücklich verlaufende Beziehungen gibt, erfordert ein *Beziehungskonflikts-* recht, aber es ist *nicht* dieses Recht, das die Konflikte auslöst. Immerhin sind einerseits Konflikte Teil von Spannungen und Entwicklungen, die nicht in jedem Falle negativ zu verlaufen brauchen; die Vorstellung, dass gerade enge Beziehun- gen *konfliktfrei* sein müssten, ist zwar romantisch, aber irgendwie fast verträumt- naiv. Die Vielfalt gesellschaftlicher Bilder, die nie von Allen rundweg in ihrer gesamten Bandbreite akzeptiert werden wird, ist so breit wie noch nie, die Bio- grafien sind so lang wie noch nie, die Gesundheit besser denn je, aber der Tod selbstverständlich noch immer tödlich, und auch das wirtschaftliche Fundament könnte immer noch etwas besser sein ... aber im Grunde sind die Rahmenbedin- gungen eigentlich sehr gut. Zwar mag man etwas hypochondern, weil gerade in günstigen Bedingungen leichter erkannt wird, was alles (und mit welchem Auf- wand) noch besser sein könnte, als dort, wo der Kampf um Existentielles nicht nur den Atem, sondern auch die Visionen raubt. Aber täuschen wir uns nicht: Zwar ist Scheidung von Ehe oder Konkubinat oder Partnerschaft längst gesell- schaftlich anerkannt, jedenfalls kaum mehr stigmatisiert, und rechtlich leichthin möglich. Aber aus gemeinsamer Elternverantwortung gibt es kein Entrinnen, und die richtige und unausweichliche Tendenz zu fortgesetzter gemeinsamer Sorge führt zu einem faktischen Kooperationszwang bis hin zu einem räumlich-örtlichen Harmonisierungsdruck der elterlichen Wohnsitze²⁵ ... und zu den entsprechenden raumplanerischen Folgen der entsprechenden Wohnflächenbedürfnisse:²⁶ Ob der moderne «fortgesetzte Zusammenwirkungsdruck» aus raumplanerischen, kosten- und/oder kooperationsbedingten Notwendigkeiten aber letztlich etwas anderes ist als der seinerzeitige gesellschaftlich-moralische Druck zu weiterem Zusammenle- ben? Die Betroffenen, die ganz einfach «heute» leben (müssen), dürften sich jeden- falls aus ähnlichen Gründen in gleichem Masse in ihrer Autonomie eingeschränkt fühlen, wie frühere Generationen von den damaligen Gegebenheiten gegängelt.

²⁴ Deshalb auch die (bei Fn 16 beschriebene) Zurückhaltung gegenüber rein privaten «*prenups*» und die (bei Fn 11 thematisierte) Zuständigkeit, auch in nicht-rechtlich gefassten Beziehungen Recht und Gerechtigkeit zu gewährleisten.

²⁵ Vgl. Art. 301a ZGB (der «Zügel»-Artikel) und dazu Tuor & Schnyder & Jungo 2015: § 43 Rz. 33 ff.

²⁶ Vgl. Yu & Liu 2007; dazu existieren zahlreiche weitere Studien mit Titeln wie «House prices and birth rates: The impact of the real estate market on the decision to have a baby» (vgl. Dettling & Schettini Kearney 2011) oder «House Price Shocks and Individual Divorce Risk in the United States» (vgl. Milosch 2014).

Für heutige, autonomiebewusste Menschen dürfte allerdings die grösste Enttäuschung meist nicht so sehr im rechtlich nachvollzogenen Scheitern der Beziehung liegen, als vielmehr darin, dass beim Vorhandensein von Kindern der vermeintliche Autonomiegewinn (dank Loslösung aus einer unbefriedigenden Beziehung) durch den organisatorischen Mehraufwand bei fortbestehender gemeinsamer elterlicher Sorge bei Weitem übertroffen wird.

Warum es in der «Ich-Gesellschaft» noch immer Beziehungen gibt – Individualität und/oder Gemeinschaft ... mit Kindern

Es ist möglicherweise bezeichnend, dass das Namensrecht von 2013 – mit dem Anliegen der Namenskontinuität von Geburt bis Tod unabhängig von Beziehung und Beziehungsform – zu spät kam; es wäre 1988 im Zuge der Einführung eines partnerschaftlichen Ehrechts naheliegend gewesen, nicht die verheirateten Frauen durch einen unaussprechlichen Doppelnamen amtlich als «verheiratet» zu kennzeichnen, sondern «das Unvermeidliche» – nämlich die (namens-)mässige Persönlichkeit jedes einzelnen Individuums – in den Köpfen zu verankern.²⁷ Indes sind die Traditionen (und namentlich das Anliegen eines *gemeinsamen* Namens beider Eltern *und* des Kindes) verwurzelt. Die aktuelle Gesetzeslage ermöglicht, dass sich die Tradition entwickelt, ohne sie in ihrer bisherigen Form zu verunmöglichen.

Indes steht das «partnerschaftliche» Denken beim Namen (das ja letztlich ein Ich-bezogenes Denken des einen oder andern Partners ist) in einem gewissen Widerspruch zur oft thematisierten Selbstverliebtheit heutiger Menschen. Das ist kein Vorwurf an eigene Generationen, denn unsere heutige arbeitsteilige Lebensweise hat viel von sichtbaren, auffälligen Vernetzungen in den Hintergrund treten lassen – wir meinen, wir seien autonomer geworden, und legen vielleicht gerade deshalb (noch) mehr Hoffnung in unsere Beziehungen, und erfreuen uns an Ritualen ... wie der Hochzeit.²⁸ In einer Zeit der unbeschränkten Zahl von «Likes» haben «Liebe» und «Bindung» möglicherweise doch *besonderen* Stellenwert²⁹ ... aber auch die Enttäuschung beim Scheitern.

²⁷ Vgl. zur Ordnung von Familien- und Kindername(n) Tuor & Schnyder & Jungo 2015: § 28 Rz. 10 ff. bzw. § 41 Rz. 10 ff.

²⁸ Selbst die Scheidung erfordert Rituale, vgl. Bianca 2015.

²⁹ Ein Titel wie «*Familienbande*» bildet in seiner ganzen Ambivalenz (eine «fröhliche Bande» oder «eng verbunden») diese Einzigartigkeit von Beziehung ab: Caprez 2012.

Zu Recht knüpft denn auch das Familienrecht an das Scheitern von Beziehungen (und damit an das Scheitern von *Emotionen*) sehr weitreichende Folgen ... und entsprechend emotional aufgeladen ist denn auch oft die Beziehungsentflechtung. Diese besondere Emotionalität muss zum Vorverständnis der bisweilen *unbefriedigenden Ergebnisse rechtlicher Behandlung familiärer Konflikte* (im Verhältnis *unter den Ehegatten* und im *Verhältnis Eltern-Kinder*, im Verhältnis aller anderen Beziehungen von zusammenlebenden oder sonstwie eng verbundenen *Personen gleicher und verschiedener Generationenstufe, gleichen, ungleichen Geschlechts* oder in *platonischer Beziehung* und im *transnationalen oder interkulturellen* Kontext und unabhängig von wirtschaftlichen, sozialen, bildungsmässigen, religiösen, kulturellen oder irgendwelchen weiteren Diskrepanzen) vorausgeschickt werden. Denn auch das Bewusstsein für den *Grundrechtsschutz* im familienrechtlichen Bereich ändert nichts daran, dass die gestörte und zerstörte Emotion belastet, und zwar die Schwächeren: Nämlich die Mehrheit all jener, die wirtschaftlich nicht auf Rosen gebettet sind, einschliesslich des Mittelstands, sowie die Kinder,³⁰ wobei letztere auch durch *nicht-scheidungs*auslösende Elternkonflikte belastet werden. Zwar gibt es neuerdings eine zunehmende Zahl tröstender Umfrageergebnisse, wonach das Glück in der Patchworkfamilie liege; daran ist keineswegs zu zweifeln,³¹ nur hat jede Statistik auch eine andere Seite: Weder sind alle in ungetrennter Ehe ihrer Eltern lebenden Kinder glücklich, noch alle Patchworkkinder, und die Rettung unglücklicher Situationen liegt kaum im Übergang zu einem andern unglücklichen Zustand, sondern es dürfte eher jene Empirie zumindest gleiche Plausibilität haben, wonach glückliche Menschen grössere Chancen haben, ihrerseits auch wieder auf glückliche Menschen zu treffen ...³²

«Beziehungsrecht» erfasst auch die *Beziehungen von Kindern zu Erwachsenen* und zu (Stief-)Geschwistern. Kinder leben vielfache Beziehungen, teils mit Begeisterung, teils auch einfach, weil «es so ist»; sie leben Beziehungen innerhalb ihrer (Status-)Verwandtschaft, und auch darüber hinaus oder ausserhalb, auch in Krippen und bei Tageseltern. Nur mit der Lockerung des verwandtschaftlichen Status ist es nicht getan – es geht um die Qualität gelebter Beziehungen und um die Achtung und den Schutz von Beziehungen. In der

³⁰ Vgl. z.B. zum Kindeswohl aus öffentlich-rechtlicher oder grundrechtlicher Sicht zuletzt: Wapler 2015, in der Schweiz ferner: Kaufmann & Ziegler 2003.

³¹ Schon Erich Kästner «Doppeltes Lottchen» (1949) beschreibt eine *Patchworkfamilie*, wenn auch mit «kitschig-traditionellem» Ende.

³² Stutzer & Frey 2006.

Nach-Scheidungs-/Patchworksituation liegt das Heil nicht einfach in der Abschaffung des Status: Ist das Kind nicht zwingend statusmässig bestimmten Erwachsenen zugeordnet, erhöht dies zwar seine «Mobilität» (eine Eigenschaft, die gleichermassen vielsprechend wie zweifelhaft sein kann) und damit letztlich seine Integration in die faktische Umgebung. Dies ist zwar ausgesprochen positiv, wo die Status-Beziehung nicht (mehr) gelebt wird. «Mobilität» könnte allerdings auch recht beliebige Verschiebbar- und Verfügbarkeit bedeuten, welche durch das Kindeswohl begrenzt wird. Zur formal-prozeduralen Wahrung dieses Kindeswohls mögen dann Heerscharen von Kinderanwältinnen und sozialberuflichen Fachleuten eingesetzt werden, die allerdings bei einem Vorschulkind oder Primarschüler letztlich ganz einfach kurzfristig beurteilen, dass das momentane Betreuungsumfeld genügt (und das tut es recht bald, weil eine Veränderung der bestehenden Struktur nur mit Zurückhaltung bzw. nur in Extremfällen erfolgen soll und glücklicherweise die Betreuungssituation zwar oft finanziell arg belastet, emotional aber im Rahmen der Möglichkeiten durchaus zufriedenstellend ist); die gesetzlich verordnete «relative Zwangsgemeinschaftlichkeit» im Rahmen *zivilstandsunabhängiger gemeinsamer Sorge* verhindert kaum die längerfristig vielfach schädliche «Monopolisierung» des Kindes, die sich aus seiner Abhängigkeit von Erwachsenen «ganz natürlich» ergibt. Eine rechtlich erzwingbare, vollstreckbare³³ Lösung für diese Probleme wird es kaum geben: Beziehung kann nicht erzwungen werden.³⁴

«Status» und «Nicht-Status» von Beziehungen

Zwei *Grundfragen* stellen sich (unabhängig von Stand und Konzeption einer Familiengesetzgebung): (i) Gibt es eine «*Normalfamilie*», welche in irgendeiner Form Anhaltspunkt für die gesetzgeberische Ordnung bilden könnte, und – damit verbunden – (ii) gibt es ein «*Normalverhalten*», damit problematische Situationen nach einheitlichen Wertungen angegangen werden können?

³³ Zur (nur, aber immerhin) *beschränkten Vollstreckbarkeit*, vgl. Kilde 2015: Rz. 507 ff.

³⁴ Wie das möglicherweise frustrierend wirkende, aber realistische Urteil des Bundesgerichts vom 27. August 2015 (5A_923/2014) leider sehr rasch nach Inkrafttreten der Novelle zur gemeinsamen elterlichen Sorge deutlich gemacht hat (s. nun aber immerhin das Urteil vom 26. November 2015, 5A_202/2015). Es ist aus rein faktischer Sicht zweifelhaft, ob gesetzgeberische Bemühungen aufzuhalten vermögen, was Mitscherlich 2003: 175 ff. («Der unsichtbare Vater») vor einem halben Jahrhundert beschrieben hatte ... obwohl wir heute in einer *sharing economy* leben und eigentlich eine weniger besitzergreifende Grundhaltung in jeglicher Hinsicht (Gegenstände, aber selbstverständlich auch Mitmenschen) einnehmen sollten. Dagegen kämpft nun allerdings sogar der *Europarat*, ob erfolgreich, wird sich weisen: Council of Europe 2015.

Beides ist zwar klar zu verneinen; gleichzeitig aber haben wir festgestellt, dass der Mensch durchaus nach Familie tendiert, eine «Normal-» oder auch «Ideal»-Vorstellung davon hat (weshalb überhaupt Strukturen für gleichgeschlechtliche Partnerschaften mittlerweile selbstverständlich geworden sind), und alle sind im Krisenfall ob des Scheiterns enttäuscht und allenfalls auf Kompensation des enttäuschten Vertrauens erpicht.

Eine der (unabhängig vom Stand der Gesetzgebung) ungeklärten und wohl nicht für alle Zeiten entschiedenen Fragen ist die *Behandlung des Verschuldens in der Behandlung des Konflikts* und möglicher Kompensation für Schaden aus enttäushtem Vertrauen in das (Fort-) Bestehen von Beziehung. Zwar ist mit aller Entschiedenheit den Bemühungen entgegenzutreten, welche Verschuldensabklärungen im Blick auf eine – wie auch immer verstandene – «gerechte Entscheidung» wieder einzuführen trachten. Konflikte im Schosse der «Mikrokosmos Familie»³⁵ sind sozusagen systemimmanent und Zahlungen fließen nicht als Strafe, sondern als Folge nachwirkender Solidarität aus begründetem Vertrauen.

Es besteht eine «zentrifugale Flucht in die Nebengesetze» (wie etwa das PartG oder künftig möglicherweise eine gesetzliche Grundordnung des «Konkubinats»),³⁶ statt dass der *Grundtypus* (Lebensbeziehung mit grundsätzlich unbeschränkter Dauer, aber mit «Kündigungs-» und/oder «Sistierungsmöglichkeit») in seinen Varianten (Beziehung mit/ohne Kinder, Beziehung nur für beschränkte biografische Phasen, z.B. Altersehe, oder Beziehung mit erleichterten oder erschwerten Kündigungsoptionen, gegebenenfalls in Abhängigkeit zu gewissen wirtschaftlichen Parametern der Beteiligten wie z.B. Erwerbstätigkeit bzw. Erwerbstätigkeitsquote, gegebenenfalls Betreuungslasten bei behinderten oder kranken Familienmitgliedern) als Modell mit Varianten (Plattform-Konzept) übersichtlich geregelt würde.

Beziehungskrisen symbolisieren den havarierten Status des Beziehungs-Status welcher Statur auch immer. Von Havarie zu sprechen dürfte angesichts der Scheidungsquoten (ob diese nun bei einem Drittel oder der Hälfte liegen, ist dabei ziemlich irrelevant) kaum übertrieben sein, weil selbst nicht-aufgelöste Beziehungen nicht ohne weiteres «heil» sind. Wird gesetzgeberische Pflege des Status künftig genügen, um vernünftige Beziehungsnetzwerke unter

³⁵ Vgl. Fn 19.

³⁶ Vgl. Kramer 2005: 424.

emotional, zumindest zeitweise in irgendeiner Art miteinander verbundenen Personen zu erhalten? Als staatliche Konfliktordnung für den Krisenfall wäre es doch Aufgabe der Rechtsordnung, auch unregelmässigen Beziehungen zwar nicht einen statusmässigen Rahmen zu geben (das wäre *contradictio in adiecto*), aber auch für sie ein Netzwerk zu schaffen, das in der Krise minimal trägt. Das ZGB kennt das Konkubinat explizit seit Anfang 1981,³⁷ und sowohl bei Stiefkinderbelangen wie auch beim Kind unverheirateter Eltern sind entsprechende Normen Standard (Art. 278 und 296 ff. ZGB). Ob im Erbfall (namentlich bei jüngeren Paaren, deren Vermögensverhältnisse noch keine grossangelegte Planungsoffensive nahegelegt, die aber doch eine wirtschaftlich eng verflochtene Gemeinschaft gebildet haben) die schiere Nicht-Teilhabe adäquat sei (Unterhaltssicherungsfunktion des Erbrechts als Kernthema), bleibe hier dahingestellt, bildet aber in der pendenten Erbrechtsrevision (Motion Gutzwiller) ein wichtiges Thema.³⁸

Schliesslich sei ganz prosaisch angemerkt – was in allen Staaten überzeugt –, dass der Status bzw. die verbindliche gegenseitige Unterstützung in engem Konnex mit steuerlich-sozialversicherungsrechtlichen Fragen steht: Ob ein Paar oder Einzelne für Kinder verantwortlich sind oder als Paar nur unter sich, hat unmittelbare Rückwirkungen auf die Belastung öffentlicher Kassen – wegen der föderalistischen Vielfalt von Steuer- und Sozialhilfesystemen allerdings ein in höchstem Masse unübersichtliches und deshalb stiefmütterlich behandeltes Feld.

Wie schlecht geht es den Familien? Und wie schlecht ist das Familien(beziehungs)recht?

Weil Menschen ein doch ganz natürliches Bedürfnis nach glücklichen Beziehungen haben, bleibt zum Schluss doch die Frage: *Wie schlecht geht es den Familien? Und wie schlecht ist das Familienrecht?*³⁹

³⁷ Inkrafttreten der Bestimmungen über die Fürsorgerische Freiheitsentziehung, wo in aArt. 397d ZGB auch «nahestehenden Personen» das Recht eingeräumt worden war, ein Gericht anzurufen.

³⁸ Breitschmid 2015: 63 f.

³⁹ Was ja Ansatzpunkt der Überlegungen zur «Modernisierung des Familienrechts» (Bundesrat 2015) ist. Der Begriff der «Modernisierung» ist allerdings insofern heikel, als auch Modernes bald mal recht überholt wirken kann – eine gewisse Elastizität des Rechts in einem sich laufend entwickelnden Kontext wäre allerdings eher wünschenswert, was im ZGB gerade wegen seiner ursprünglich sehr offen konzipierten Grundhaltung (Art. 1 und Art. 4 ZGB als rechtsvergleichend einzigartige Bestimmungen) gewährleistet war (vgl. dazu Hinweise bei Breitschmid 2007a: 339 ff. und 343 ff.) und im Gesetzgebungsprozess weiterhin die Leitlinie bilden müsste (dazu im Zusammenhang mit der parallel hängigen Erbrechtsreform nachdrücklich Sutter-Somm & Ammann 2016: 13 und 118. Weitere Literatur dazu, vgl. Dörner 1974 sowie Garrison & Scott 2012).

Weder ist das ZGB ein Monster, noch ist es monströs, was alles «wegen der Gesetze» nicht möglich scheint. Denn eigentlich ermöglicht das Gesetz, all jene Chancen und Hoffnungen zu realisieren, die realisierbar sind. Dass Gewisses *nicht* realisierbar ist – und etwa der Leihmutterschafts-Boom der Zahlungskräftigen daran scheitern könnte, dass die «Rohstoff-Länder» sich gegen Ausbeutung wehren⁴⁰ – ist nicht Folge einer böartig-menschenfeindlichen Grundhaltung vertrockneter Gesetzesredaktoren, sondern Teil jener Grenzen, die gänzlich freier Lebensgestaltung in jeder Generation gelegentlich in jeweils ganz unterschiedlicher Ausprägung im Wege stehen: Heutige Restriktionen orientieren sich nicht an tradierten religiösen oder sittlichen Normen, aber natürlich weiterhin daran, dass das Recht (Art. 20 OR) Recht und Sittlichkeit zu wahren hat;⁴¹ das bedeutet im heutigen Kontext ein erhöhtes Bewusstsein für Übervorteilungsrisiken bei eigennützigen Interessenlagen, Diskrepanzen im international-interkulturellen Austausch, aber auch Einschränkungen der beliebig-egoistischen Optimierung im Sinne eines kontinuierlichen «Switchens» zwischen je emotional, steuerlich und sozialversicherungs- oder unterhalts- und erbrechtlich optimierten Lösungen. Das war ursprünglich zugegebenermassen natürlich auch Hintergrund der (damals) religiös geprägten früheren Rechtsordnungen, die Verantwortungslosigkeit und Überforderung zu verhindern suchten und insofern – entkleidet man sie der religiösen Verbrämung – gar nicht so «total unmodern» waren, weil das (Selbst-)Bild des restlos aufgeklärten, autonom und reflektiert handelnden, wohlhabenden Westlers gerade in *emotionalen* Dingen und angesichts einer knapp zwei Jahrzehnte(!) dauernden Erziehungslast nicht passt. Emotion (und damit Beziehung) schränkt Autonomie und Handlungsfähigkeit ein, was rechtliche Schutzbedürftigkeit auslöst: Wer sich mit «Haut und Haaren» verliebt, wird abhängig. Davon wird unweigerlich weiterhin auszugehen sein.

Wie kann die Quadratur des Scheidungs- bzw. «Beziehungsentflechtungs»-Zirkels zukünftig bewältigt werden? Eher als in den Stuben der Gesetzgebung dürfte in den Gerichtssälen – im Rahmen der Handhabung von «Billigkeitsgeneralklauseln» wie den nicht abschliessenden Katalogen von Art. 125 Abs. 2 und 3 ZGB – entschieden werden, ob passable Lösungen entstehen; auch dort bestehen allerdings *Ressourcenprobleme*, die bisweilen möglicherweise die Qualität der Befindlichkeit entscheidender tangieren als die Unvollkommen-

⁴⁰ Indien als klassisches Herkunftsland plant deshalb rigide Einschränkungen: vgl. Indien will Leihmutterschaft einschränken (2015) mit Beschränkung auf Inland-Fälle. Vgl. als weitere Literatur Thomale 2015.

⁴¹ Wen das altertümlich anmutet, lese die nur sprachlich nuancierte Fassung des «OR 2012», vgl. Huguenin & Hilty 2013: Es wird künftig danach «zwingendes Recht» und die «öffentliche Ordnung» zu wahren sein.

heit der Gesetzgebung. Die *erhöhte Scheidungsquote* manifestiert nicht das Ungenügen des Scheidungsrechts (im Gegenteil: offenkundig lässt sich scheiden), und auch Scheidungsfolgenkonflikte sind nicht zwangsläufiger Anhaltspunkt für (verfahrens-)rechtliche Mängel; vielmehr bildet die hohe Scheidungsquote die *gesellschaftlich-demographische Entwicklung* ab: Weder das Gesetz noch die Menschen sind schlechter geworden,⁴² sondern es ist der «Status» bei einem Leben, das sich nicht in einmaliger Fortpflanzung biologisch schon erschöpft hat, sondern mehrere Lebensabschnitte mit je eigenen Zwängen und Chancen zur Veränderung (z.B. Berufswechsel und Weiterbildung) einschliesst, einfach nicht durchzuhalten, namentlich wenn in der gesellschaftlichen Beurteilung manchmal eher der Durchhaltewillen belächelt als Hintanstellung der eigenen Ansprüche gefordert wird (was eine langjährige Partnerschaft – ich spreche nicht vom «Idealziel» lebenslänglich – bisweilen mit sich bringen mag).

Allerdings darf man Eines nicht übersehen: Ist die Beziehung *gescheitert*, ist auch ein «Pacs» oder eine vertraglich explizit und selbst eine nur faktische Lebensgemeinschaft («gewöhnliches Konkubinat») *aufzulösen*. Die oft konfliktuelle Auflösung einer konfliktuell gewordenen Beziehung ist unabhängig von ihrer Rechtsform ein Vorgang, der unvermeidlich belastend und tendenziell konfliktuell ist.

Folgerungen

Längst ist «die Ehe» nicht mehr einziges Modell einer «Zusammenlebensordnung»; längst gibt es «*die*» Ehe nicht mehr (gab es sie je?⁴³); gleichzeitig sind auch «alternative» Beziehungsformen einerseits bereits etabliert und andererseits in ihrer Ausprägung sehr vielgestaltig, aber statt «alternativ» eigentlich längst eingelebt. Es gibt auch nicht «unzulässige» oder «falsche» Beziehungsformen,⁴⁴ aber es gibt durchaus *unterschiedliche* Beziehungsformen. Man könnte trotz aller Risiken fast von einer «Sehnsucht nach Familie» sprechen, die sich in vielfältiger(er) Form realisieren lässt, und deren Glücksempfinden

⁴² Für ein Stimmungsbild aus der «heilen alten Zeit», die (nur) in der Erinnerung so unbeschwert und gut war, vgl. Strebel 1944.

⁴³ Schweizerisches Landesmuseum 2008; oder ein Band, der schon eine Generation früher erschienen war: Lempp 1986.

⁴⁴ Auch polygame Beziehungen (als «klassisches» Beispiel einer gegen den hiesigen «ordre public» verstossenden Beziehungsform) sind nicht per se zu stigmatisieren, aber natürlich in einem gänzlich andern Kontext angesiedelt und ohne Beziehung zu diesem Kontext tatsächlich qualifiziert fremd.

jedenfalls nicht vom Recht verhindert wird. Familie bzw. Beziehung ist dort, wo man auch hingehen kann, wenn es einem schlecht geht, wo man angenommen, getröstet und vielleicht motivierend kritisiert wird ... und zwar zivilstandsunabhängig.

An sich ist die Organisation von (auch sehr persönlichen) *Beziehungen* ein (gewöhnlicher) *Vertrag*; ungewöhnlich ist, dass dieser Vertrag über alltägliche Belange («Betriebsstätte», «Finanzierung», «Betriebsabläufe») hinausgeht und auch sehr *emotionale* Sphären (Freundschaft, Visionen und Entwicklungen) einschliesst, die sich damit weitgehend generell-abstrakten gesetzlichen Vorgaben entziehen. Trennung oder Entflechtung enttäuschter Hoffnungen auf Gemeinsamkeit ist unabhängig vom Zivilstand belastend.

Gerade weil Beziehungen etwas zutiefst *Persönliches* sind, das sich in unterschiedlichsten «Gefässen» in unterschiedlichster Richtung entwickeln kann, ist eine Qualifizierung nach der tatsächlichen Struktur (mit oder ohne Kinder; wechselseitiges Verständnis und Vertrauen und eine gewisse wirtschaftliche, soziale, kulturelle Nähe) und nicht nach terminologischer Einordnung (Ehe oder Nicht-Ehe) oder geschlechtlicher Ausrichtung der Beteiligten geboten. Diese Struktur kann sich während der Beziehungsdauer typischerweise auch ändern und entwickeln (verdichten oder lockern), bedarf aber in jedem Falle einer gewissen rechtlichen *Sicherheit*. Was gesetzlich geordnet werden muss, sind gewissermassen *konsumentschützerische* Aspekte. Die gesetzliche Struktur hat in etwa dem zu entsprechen, was sich die typischen «BenutzerInnen» der gesetzlichen Ordnung vorstellen, weshalb für unverheiratete Paare welcher geschlechtlichen Ausrichtung auch immer – angesichts unterschiedlichster Teilregelungen bis hin zum Sozialversicherungs-, Schuldbetreibungs- und Steuerrecht – unverständlich wirkt, dass das Zivilrecht die Materie fast gänzlich ignoriert.

Gleichzeitig kann die Gesetzgebung dem *Sprachgebrauch* nicht vorschreiben, wie Begriffe zu nutzen sind – der Sprachgebrauch entwickelt sich einigermaßen unabhängig von der gesetzgeberischen Wortwahl: Eingetragene PartnerInnen verstehen sich als «verheiratet» und haben nach aktueller gesetzlicher Ordnung keine gemeinsamen Nachkommen – sind mithin gewissermassen kinderlose Ehegatten; aber es besteht natürlich unweigerlich die Gefahr, dass bei gesetzlicher (Zwangs-)Gleichstellung von Ehe und eingetragener Partnerschaft der alltäglich-umgangssprachliche Sprachgebrauch bald einmal «normale» und «andere» Ehen unterscheiden wird ... und sich damit die Frage stellt, was man gewonnen hat. Es ist an die terminologischen Beschönigungen

des Erwachsenenschutzrechts von 2013 zu erinnern: Für die Lebensqualität macht es keinen Unterschied, ob ein «Heim» vom Gesetz als «Anstalt» oder als «Einrichtung» bezeichnet wird, sondern es zählt die Qualität der Leistungen und Empathie des Personals.

Beziehung meint unabhängig von ihrer Rechtsform eine gewisse *Stabilität* und schafft einen Zustand («Status»), doch sind Beziehungen nicht statisch: Ob unter Erwachsenen oder im Verhältnis von Erwachsenen zu Kindern *entwickeln* und verändern sich Beziehungen. *Beziehung erfordert Rücksicht und Koordination* (vgl. sinngemäss Art. 159 ZGB, der eigentlich nicht eheliche, sondern grundsätzliche Freundschafts- und Loyalitätspflichten definiert); die aufgelöste Beziehung erfordert oft allerdings zumindest gleichermassen (wenn nicht wegen der getrennten elterlichen Wohnsitze sogar *erhöht*) Rücksicht und Koordination, wenn gemeinsame elterliche Sorge tatsächlich *gelebt* werden soll. Die *Auflösbarkeit* von Beziehungen (und gerade auch der Ehe) ist selbstverständlich geworden ... und dabei ist etwas untergegangen, dass zwar Beziehungen auflöslich, aber biografische Phasen nicht auslöschar sind – es gibt keinen *clean break* und *keine delete*-Taste für Lebensabschnitte (auch wenn es für die eigene Lebenszufriedenheit Sinn machen kann, sich nicht geradezu in die negativen Erinnerungen zu verbeissen, sondern sich an positiven zu erfreuen) – insofern ist das Eltern-Kind-Verhältnis typischerweise unauflöslich, und auch wechselseitige partnerschaftliche Verantwortung kann nicht einfach wie das Licht oder ein Facebook-like weggeklickt werden. Zugleich führt die Unauflöslichkeit der Eltern-/Kind-Beziehung allerdings gerade im elterlichen Beziehungskonflikt bisweilen zu einem geradezu pathologischen Festklammern an einer emotional überbelasteten «heile Welt»-Beziehung zum Kind. Nur kann auch hier das Recht nur sehr beschränkt das emotionale Empfinden der Beteiligten beeinflussen.

Entscheidend wird mithin auch mit einer grösseren Vielfalt staatlich respektierter oder gesetzlich explizit ermöglichter Lebensformen sein, ob und wie weit es den Beteiligten gelingt, Konflikte unter sich möglichst zu vermeiden oder doch möglichst einvernehmlich zu bewältigen. Dabei sind sie vorab von der Gesellschaft zu stützen, während «Modellpflege» im Bereich der familienrechtlichen Begrifflichkeiten nur wenig bewegt.

Biographie

Prof. Dr. Peter Breitschmid ist seit 2002 Ordinarius für Privatrecht mit Schwerpunkt ZGB an der Universität Zürich. Er studierte in Zürich und verbrachte seine Doktoratszeit in Zürich, Paris, Padua und München. 1985 wurde er Gerichtsschreiber am Obergericht Zürich. Ab 1988 hatte er Lehraufträge an der Universität Zürich, seit 1993 auch an der Universität St. Gallen, wo er 2000 für Privatrecht habilitiert wurde. Von 2000 bis 2007 war er Ersatzrichter am Obergericht Zürich.

Bibliographie

Alliance des Sociétés Féminines Suisses (1911), «*Le nouveau Code civil et les femmes suisses*», Lausanne: Payot.

Bianca, Andrea Marco (2015), «*Scheidungsrituale, Globale Bestandsaufnahme und Perspektiven für eine glaubwürdige Praxis in Kirche und Gesellschaft*», Diss., Zürich: Theologischer Verlag Zürich.

Breitschmid, Peter (2007a), «100 Jahre ZGB, Bewährung – Bewahrung – Entwicklung», in: ZSR 126 (2007) II, 339–386.

Breitschmid, Peter (2007b), «Die Fortentwicklung des schweizerischen ZGB: Eigenständigkeit und Fremdeinflüsse», in: *RabelsZ* 72/2008, 686–722.

Breitschmid, Peter (2015), «Familienrecht, Familienmodelle und erbrechtliche Beziehungsmodelle», in: *Bulletin SAGW* 1/2015, 63–64.

Bundesrat (2015), *Bericht des Bundesrates vom März 2015 zum Postulat Fehr* (12.3607, Zeitgemässes kohärentes Zivil- und insbesondere Familienrecht).

Caprez, Christina (2012), «*Familienbande, 15 Porträts*», Zürich: Limmat Verlag.

Cherlin, Andrew J. (2009), «*The Marriage-Go-Round*», New York: Vintage.

Coontz, Stephanie & Parson, Maya & Raley, Gabrielle, Eds., (2008), «*American Families: A Multicultural Reader*», 2nd ed., New York: Routledge.

Council of Europe (2015), Parliamentary Assembly, Committee on Equality and Non-Discrimination, «*Equality and shared parental responsibility: the role of fathers*» vom 14. September 2015 (Doc. 13870).

Detting, Lisa J. & Schettini Kearney, Melissa (2011), «House Prices and Birth Rates: The Impact of the Real Estate Market on the Decision to have a Baby», in: *National Bureau of Economic Research Working 2011*, No. 17485, abrufbar unter: «<http://www.nber.org/papers/w17485.pdf>» (besucht am 3. Dezember 2015).

Dörner, Heinrich (1974), «*Industrialisierung und Familienrecht*», Diss., Berlin: Duncker & Humblot.

Familien brauchen keine Förderung mehr (2015), in: *NZZ* vom 30. Oktober 2015.

Garrison, Marsha & Scott Elisabeth S., Eds., (2012), *«Marriage at the Crossroads»*, New York: Cambridge University Press.

Huguenin, Claire & Hilty, Reto M., Hrsg., (2013), *«Schweizerisches Obligationenrecht 2020, Entwurf für einen neuen allgemeinen Teil»*, Zürich: Schulthess.

Indien will Leihmutterschaft einschränken (2015), in: *NZZ* vom 30. Oktober 2015.

Jürgensen, Nadine (2015), «Das Familienrecht muss mit der Zeit gehen», in: *NZZ* vom 16. Dezember 2015.

Kästner, Erich (1949), *«Das doppelte Lottchen»*, Zürich: Atrium Verlag AG.

Kaufmann, Claudia, & Ziegler, Franz, Hrsg., (2003), *«Kindeswohl/Le bien de l'enfant»*, Zürich: Rüegger Verlag.

Kilde, Gisela (2015), *«Der persönliche Verkehr: Eltern – Kind – Dritte»*, Diss., Zürich: Schulthess.

Kramer, Ernst A. (2005), «Nationale Privatrechtskodifikationen, internationale Privatrechtsvereinheitlichung und Privatrechtsvergleichung zu Beginn des neuen Jahrhunderts», in: *ZSR* 124 (2005) I, 421–433.

Lempp, Reinhart (1986), *«Familie im Umbruch»*, München: Kösel-Verlag.

Milosch, Jennifer (2014), «House Price Shocks and Individual Divorce Risk in the United States», abrufbar unter: <http://www.econ.ucsb.edu/~milosch/housepriceshocks.pdf> (besucht am 3. Dezember 2015).

Mitscherlich, Alexander (2003), *«Auf dem Weg zur vaterlosen Gesellschaft: Ideen zur Sozialpsychologie»*, Weinheim: Beltz.

O'Connor, Teresia M. et al. (2010), «Parenting practices are associated with fruit and vegetable consumption in pre-school children», in: *PHN* 13/2010, Nr. 1, 91–101.

Papaux Van Delden, Marie-Laure (2007), «Mariages fictifs», in: *Jusletter* 22. Oktober 2007.

Schweizerisches Landesmuseum, Hrsg., (2008), «Familien – Alles bleibt, wie es nie war», Zürich: Schweizerisches Landesmuseum.

Sehnsucht nach Familie (2007), in: Spiegel Special (2007), Nr. 4.

Strebel, Jakob (1944), «Geschiedene Ehen – Erfahrungen und Gedanken eines Richters», 4. Aufl., Luzern: Räber.

Stutzer, Alois & Frey, Bruno S. (2006), «Does marriage make people happy, or do happy people get married?», in: *JSE* 35/2006, 326–347.

Sutter-Somm, Thomas & Ammann, Dario (2016), «Die Revision des Erbrechts, Regelungsbedarf in zentralen Fragen und Methodik einer adäquaten Gesetzgebung, 10. Schweizerischer Erbrechtstag 2015», Zürich: Schulthess.

Thomale, Christ (2015), «Mietmutterschaft», Tübingen: Mohr Siebeck.

Tuor, Peter & Schnyder, Bernhard & Schmid, Jörg & Jungo, Alexandra (2015), «Das Schweizerische Zivilgesetzbuch», 14. Aufl., Zürich: Schulthess.

Wapler, Friederike (2015), «Kinderrechte und Kindeswohl», Tübingen: Mohr Siebeck.

Yu, Eunice & Liu, Jianguo (2007), «Environmental impacts of divorce», in: PNAS 104/2007, 20629–20634.

Zeller, Frank (2003), «Ehe-Intermezzo mit der Schwiegermutter», in: *Jusletter* 4. August 2003.

Zoll, Patrick (2015), «Eine Familie, Ein Name», in: *NZZ* vom 17. Dezember 2015.